

《紹介》

フリッツ・ロース

「主観的正当化要素の内容について」

Fritz Loos, Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente, in: Festschrift für Oehler, 1985, S. 227ff.

振 津 隆 行

は し が き

紹介者（振津）は、本誌に掲載中の正当防衛における「防衛意思」の問題点（三〇巻二号一頁以下）との連関で、副次的ではあるがノヴァコフスキー論文の紹介を手始めとして（本誌三〇巻一号六三頁以下）、現在の西ドイツ（ならびにドイツ語圏諸国）における主観的正当化要素に関する諸論文の紹介をも企てている。その第二弾が、今回紹介しようとする表記ロース論文にあたる。

ところで、いわば伝統的な刑法ドグマ・ティク上の重要問題の一つである本問題につき、従来の西ドイツ等における図式的な対立状況に近時漸次的変化が看取され、一定の論点の深化と精密化、更なる論点の指摘等が行な

われつつある状況である。そこで、紹介者も以上の諸点を意識しつつ、可能なかぎり定期的に西ドイツ等における最近の諸論稿を紹介しつつ問題点の所在と現況を提示し、もって、わが国における議論の参考ないし今後の問題提起として裨益するところがあればと、私かに期している次第である。

では、以下本論文を紹介する（なお、本稿の筆者ロースの経歴・業績等については、宮沢浩一編『西ドイツ刑法学 学者編』（昭和五三年）三五三頁等を参照されたい）。

主観的正当化要素の内容・範囲の問題は、従来必ずしも刑法ドグマティクの関心の中心となってきたわけではなく、むしろ、これらの要素の要件及び体系的意義に関する議論は周辺部分で論ぜられてきたにすぎない。そこで、たいていの教科書やコンメンタールで二つの立場が対立しているということぐらいしか見出されないのである。すなわち、判例及び通説は防衛の（救助等の）意図（Absicht）を必要とし、その際、正当化の目的は他の目的との並存を許容するものである。それに対して、近時の有力説は正当化の意図を非難し、正当化の故意（Vorsatz）で十分であるとする。もっとも、用語の不統一性との関連で、後説からしばしば批判に曝されている動機付け（Motivation）ということが意図の代りに一部では使用されているのである。だが、議論は近時活発になってきた。この点では、まず、客観的正当化要素の存在を超える行為者の主観的不確実性の問題が持ち出されている。次に、レンクナーに従いランペは「不完全な二行為正当化事由（unvollkommen—zweiaktige Recht—fertigungsgründe）」なる現象を指摘しているし、最後に、アルヴァートは正当化の意図ないし動機概念の精密化に努力している。

被祝賀者エーラーは、その著『違法行為における客観的目的要素』（一九五九年）において主観的正当化要素の問題をも論じ、その内容についての有益な熟考を含んでいる。もっとも、彼の議論はシュペンデルに近い客観主

義者として位置づけるのは妥当ではない。すなわち、「防衛意思のみが、防衛のための客観的傾向を造り出し」るものと強調し、防衛意思は正当化事由の条件であるが構成要素ではないとしているのであるが、ここでは主観的目的の客観化が問題とされているのである。したがって、この連関ではエラーはいずれにせよ防衛意思という心理的事実に結びつけているのだから、彼の分析は主観的主義者の出発点にも転用可能であるという点は重要なのである。

そこで、主観的正当化要素の内容に関する諸問題の領域のうち、本稿では以下の二つの問題が論ぜられる。まず第一に、「正当化が正当化の動機、の存在に結びつけることが實際上正しいのかどうか」(Ⅰ)、次に、ランペに従って「正当化諸行為の累積(Kumulation)の場合の正当化」(Ⅱ)の問題が取り扱われるが、その際いつ完全な正当化が生ずるのかということだけに限定し、客観的正当化事情の存在にも拘らず主観的要素が欠如するといった場合に、既遂か未遂かという問題はここでは除外する。

一

1 主観的正当化要素の内容のために正当化の故意「以上のもの」を要求する論者の場合には、正当化の意図と正当化の動機との間をどのように区別し、あるいは意図が動機の代りに用いられるべきか否か、その逆いかんといった根拠は明らかではない。なぜなら、意図と動機を明確に区別することは非常に困難だからである。いずれにせよ、原則的に行為によって招来される将来の外界の状態だけを目的(Zweck)として理解するとしても、多様な種類の動機を区別することはできない。そこで、純内心的な動機(「快楽の獲得・不快の回避」と「回顧的に見て」過去の出来事に関係するアルヴァートの意味における「Weil動機」との限界づけは可能であるが、動

機付けにかかる「観念状態(Idealzustand)」との限界づけは得られないのである。この点で、シュトラテンヴェルトが利得の動機 (Bereicherungsmotiv) と利益の意図 (Vorteilungsabsicht) の例で示しているように、意図と動機は「実際上一致する」ものである。

主観的正当化要素を正当化の意図ないし動機とする見解では、防衛者あるいは救助者が少なくとも防衛の効果あるいは救助の効果を目的 (Zweck) として獲得せんと努力されねばならないことになる。シュトラテンヴェルトの説明によれば、かような効果が行為の動機であるということを示すものであり、そのことは通常の理解と同様に、「防衛の意図と防衛の動機とは内容的に同一物として考えられる」というところから出発してよいのである。もっとも、上記の意図ないし動機説を採れば、たとえば緊急救助や正当化する緊急避難の場合に、客観的に正しく事態を完全に認識したうえでの救助が、専ら攻撃者ないしは刑法三四条における「第三者」を毀損するために行なわれ、かくして憎悪と復讐心のみが動機であるという場合に疑問となる。これとの関連で以下事例を挙げる。

Aは、彼の二人の仇敵BとCとがけんかをしているところへ来合わす。そのうちに、Cは抵抗力を失い地面に倒れるが、BはCに更に足蹴を加える。Aは、最初はCが殴られているのを喜んで見ていたが、そのうち彼はBをも「張り倒す」絶好の機会をもっていることに気づく。そこで、必要な防衛の範囲で彼はBに相当な傷害を加える。

本事例は、Aの自白といったものを前提にしているというところで学校的設例の典型とでもいえようが、他面、主観的正当化要素の内容に関する諸説を検証しうるという意味でもそうなのである。

本事例では客観的緊急救助の諸前提は存在しており、主観的にも緊急救助の故意をもってゐる。さらに、AはBに侵害を与えることがCに対するBの攻撃を終了させるものであり、また必要性の前提の知見も当然存してい

るのである。それに対し、AにはCを保護するということは問題ではなく、むしろその効果はAにとって単にどうでもよいというより希望されていないものである。そこで以下で、動機付け状況のより詳細な検討を加えてみよう。

(a) 前記の事例のポイントは刑法三二条（正当防衛）からの法的許容が介在するだけではなく、さらに刑法三二三条c（救助の不履行）からの法的命令が考慮されるという点にある。その際、本規定の意味における災害（Unluckfall）は第三者の故意の犯罪行為によっても生じうることに、及び期待可能性の要件は必ずしも構成要件該当性の充足を排除しないということは一般に承認されているのである。

ここでは、（刑法三二三条（傷害）、三二三条a（危険な傷害）からする）禁止が（刑法三二三条cからする）命令と併発するという事情は、防衛の意図を要求する理論によれば何らの打開策も与えない「板ばさみ」の中へ導びくということである。なぜなら、Aは防衛行為を行なわないことで処罰を免れようとしても、救助しないなら刑法三二三条cによって処罰されるからである。そこで、具体的状況下で、動機付けは直ちに交換可能であるとするヤーコプスの「動機付けの交換（Motivationsaustausch）」という見解も思考可能であるが、それは心理的に過剰な要求であり、誤まってもいるように思われる。また、たとい動機付けの交換が可能であっても、防衛の意図を要求することは法律規定からの合法的目的の枠をはみ出すより善き動機の自己調達ということを意味するものであり、したがって、防衛の意図の要求によって行為刑法と心情刑法との間の、また、カントの意味における合法性と道徳性との間の限界の混同ということが明らかとなる。

以上のことから、まず否定的な帰結だけが得られるのである。すなわち、緊急救助による正当化のために、救助者に憎悪や復讐心と並んで被攻撃者を救助するという動機を要求してはならない。したがって、防衛の意図が激怒、憎悪等々によって「隠蔽」されてはならず、防衛のためにも打ち倒したときには十分であるとする判例の

公式も同じく支持しがたい。だが、いかなる方法で正当防衛行為に関する意識及び意思を實際に決定すべきかという問題は未解決であり、今や、これを究明すべきである。

(b) その際、まず刑法三二条の意味における防衛の客観的側面が取り扱われるべきである。ここでは防衛行為を招来しうる二つの結果要素、すなわち、攻撃者に加えられる侵害とそれによって招来された被攻撃者に対する防衛効果とを区別すべきである。防衛が攻撃者の侵害を通じて招来されるなら、侵害と防衛効果との間の因果関係が存在することになるのである。

出発事例では、純内心的動機付けの視点からは、AはBの侵害を目指しており、この侵害は彼の憎悪ないし復讐心の満足のための手段であり中間目標にすぎないことになる。だが、アルヴァートが云うように、AはBの攻撃を知ることなくしては、Cに緊急救助を行なおうという決意を抱かなかつたであろうというところからも出発しうるのである。

アルヴァートは、緊急状態の知見及び「Weil動機」を主観的正当化の動機として十分なものだとしている。これによれば、救助効果との間の主観的連関は排除されるのである。アルヴァートはダビデによるゴリアテの投石殺害の例を挙げ、単に志向(Intention)、つまり防衛効果を目指すことのみならず、行為が防衛結果を招来するという期待(Erwartung)をも放棄するのである。この点が問題であり、先のダビデの例では正当化にとって重要な財の保護は行為者によって期待されていないのだから、むしろ正当化ではなく免責的解決(期待不可能性に基づく)を考へるべきだろう。「Weil動機」は必要な前提を意味するが、救助効果に対する主観的連関を必要とする点で妥当ではない。

(c) したがって、救助効果に対する主観的連関をどのように規定すべきかという問題が残される。一つの可能性としては、防衛者ないし救助者は彼の行為をあたかも彼が救助効果を目指したかのように計画しなければなら

ないということを要求することである。それは、一方では防衛効果を生じさせるということの承認、つまり救助故意を前提とする。さらに、攻撃者を毀損することが危殆化された者の保護をも生ずることによって指導されるものである。毀損の動機が欠けるなら行為もなされないであろうということで、防衛ないし救助の動機は積極的に呼び起こされるものではなく、かえって動機は制限的意味しかもたないものである。先の例では、Aはなほ憎悪と復讐心を満足しうるし処罰をも免れるのである。

なお、かような防衛ないし救助意思の理解に対する出発点は、エーラーの見解に既に見出されるものであることが付言されている。

(d) 制限的防衛ないし救助意図の要求で、通説は大いに満足しうるだろう。この見解はなるほど救助意図ないし動機が固持されているが、道徳的に異議のない動機を正当化の前提として要求しないというかぎりで、論争されている立場間の妥協を提示しうるであろう。もっとも、かような見解では道徳的に異議のない動機の代りに非合法性の回避という動機が入り込むことになり、救助効果が望まれないとかどうでもよい場合にこれは手段であり、そのかぎりで意図されうるものである。そのような動機は法的許容とその法的限界の知見を前提とし、まさにそのために正当化の前提とはなりえないものである。このような動機状況の場合でも禁止と命令の併発は「板ばさみ」へと導びくのであるが、一般にどうでもよいことあるいは法秩序に対する否定の場合でも、具体的に事情を知ったうえで法秩序によって優遇されている状態を招来するかぎりで違法性や可罰性へと導びきうるものではないのである。この点で、エーラーの次の原則が妥当する。つまり、「刑法は命令でも禁止の場合でも意思の修練を貫徹しようとするのではなく、違法な結果を阻止することにより適法な状態を招来しようとするだけである。」

以上からの結論として、緊急権の場合には正当化の故意は正当化にとって必要かつ十分なものであるということ

とが確認される。アルヴァート説との関係では正当化の効果の期待を放棄してはならないということ、他方で、禁止と命令の併発の議論で正当化の故意を超える防衛ないし救助意図を要求することは評価矛盾へと導びき否定すべきだということが示されたのである。

(e) 以上のような見解を正当だとしても、立法者が正当化の故意以上ものを要求しているかは問題なのだが、現行の緊急権の諸規定（三二条、三四条）の条文から正当化の意図・動機を要求しようとする見解（特に三四条における「Um-zu-Satz」から）は理由がなく、また成立史にも反するものではない。

2 緊急権における防衛ないし救助意図の拒絶は、他の正当化事由でも同じ解釈に導びかねばならないということではない。正当化の故意に制限する主張者、たとえばシュトラーターテンヴェルトも懲戒権を例外だとしており、筆者もこれに従う。懲戒で何ら教育目的が追求されないときには、その教育的作用を損なうものとなり、それ故かような目的の追求が必要なのであるが、ただ懲戒権の客観的及び主観的限界が守られている場合には意図や動機は第二次的なものである。

もっともそうは云っても、その主観化はかなり表面的なものである。すなわち、「疑わしきは被告人の利益に」の原則を維持するなら、客観的に許される程度を超える懲戒についての具体的証明に至るまでは正しい教育的心情から出発すべきであるし、また他方、実際の意図も客観化しがたいものであるからである。

二

「短縮された二行為正当化事由 (verkümmert—zweiaktige Rechtfertigungsgründe)」の存在をレンクナーは既にかかなり以前から指摘し、ランペがこれを更に発展させたのである。「短縮された二行為正当化事由」という法形

相にとつての根拠の核心は、そのために許容が介入する目的が所為そのものによつて既に達成されるのではなく、更なる行為によつて初めて達成されるというところで見出されるのである。典型例とされる刑法一二七条一項（現行犯逮捕）では、逮捕権にとつての正当な目的は国家の刑罰追及という利益の促進であるので、それは逮捕そのものによつて既に生じうるものではなく、たとえば被逮捕者を刑罰追及当局に引き渡すことによつて初めて生ずるとされるのである。短縮された二行為正当化事由におけるこの正当な目的は、第一の行為が第二の行為を実施する意図で行なわれたときのみまさに正当化されるという形で導入されるのである。

かような見解は賛同を見出している。だが、ヤーコプスは、たとえば警察がすぐに到着するような場合、その目的は逮捕者の第二の行為がなくても達成されるということと部分的にこれに批判を加え、この場合は逮捕者のそれに応ずる期待で十分だとする。だが、このことは刑法二六七条（文書偽造）において偽造者と行使者とが異なる場合にも問題となり、その際行使の意図（*Gebrauchsabsicht*）が不可欠となるように、刑法一二七条一項における意図もやはり必要なのである。

正当化の故意に一般的に制限する強力な主張者（レンクナー、シュトラーターヴェルト）が、刑法一二七条一項では例外的に「超過的」意図を要求するのは訝しく思われるが、矛盾ではない。すなわち、一方で、たとえば刑罰追及の促進そのものが目指される必要はなく、逮捕者が警察への引き渡しを企図することでこの意図をもちうるものとされるのである。他方で、ヤーコプスの指摘が示すように、刑法二六七条における行使の意図が初めて取引きの安全の危殆化を確実にするのと同様、この場合の意図も刑罰追及のための有利な効果を確実にするという機能だけをもつものであるからである。

上記のような正当化事由の多行為性に関する考察の際、緊急権の場合でも類似的の行為構造が示めされうということとは従来考えられてこなかった。もちろん、正当防衛の場合に防衛の正当性がその効果から引き出されるも

のではないが、防衛そのものは多行為的たりうるものである。すなわち、攻撃者の攻撃は事情によっては多くの連続する行為によって防止されうるのであり、防衛の結果は結局行為の累積によって初めて達成されうるのである。そこで、「第一撃」それ自体が決して攻撃を減退させず、全体としての防衛に必要な一要素にすぎず、そのことを緊急救助者がするように評価するという場合も大いにありうる。その種の行為しか行なわれないとするなら、それは攻撃の被害者にとって何ら有益ではなく攻撃者の毀損のみを生ずるだけであり、このことは刑罰追及当局への引き渡しがなされなかった私人による逮捕と同様である。ここから、最初の行為の正当化は救助へと導びく行為の反復の継続が企図されていたという要求が引き出されるのである。このような条件のもとでだけ、緊急救助者がその第一撃で被害者に有利であり攻撃者に加害しようとするだけではない、と主張しうるのである。

ランペは同じく刑法一二七条一項との関連で、中止(Rücktritt)の事例グループ、たとえば逮捕者がまず自由剝奪を警察へ引き渡すという意図で行なったが、その後その犯人を解放したといった例を挙げているが、このことは多行為的緊急権の場合にも存在する。ランペは「任意」の中止と「不任意」の中止とを区別し、不任意の中止(外部的障害による場合)は何ら問題はなく正当化に影響しないとするが、任意の中止の場合にはこれと異なって判断するのである。そうすると、防衛・救助等を途中で止めると正当化されないということになるだろう。しかしかように解すれば、救助の意図で遂行された行為に事後的に違法性の實辞を与えることになり、行為時にすべての犯罪要素(Deliktselemente)が存在しなければならぬという原則と矛盾することになる。

さらに、刑法二六七条との関係で「条件付き」意図の問題が提示される。行為者が偽造物の行使につき確定的な決意がある場合に、それが「必要な」とときには本条が充足されるということは明らかである。同様に、防衛者等が必要な場合更なる防衛行為を行なおうと決意していたときに正当化されることになる。かような決断が欠ければ、刑法二六七条も充足されないし、したがって防衛者等も正当化されないということになる。

このような多行為的緊急権における「終了の意図（Beendigungsabsicht）」と防衛ないし救助意図を否定することとは矛盾しないということは、上記の刑法法一二七条一項の考察で明らかとなった。ここでも行為者によって結びつけられた目的が問題となることなしに、意図は救助効果を確実にするという機能しかもたないのである。

最後に、以上のようなランペの提起した主観的正当化要素の問題と関連して、刑事手続における確定の困難性を生じさせる。エラーはこのような具体的訴訟における法発見に対する危険を指摘してきたし、また本稿の筆者同様この危険を真摯に受けとめるなら、まず解釈学的構造を徹頭徹尾考えて、その後初めて確定の困難性の除去の問題へと向うことができるであろう。

あとがき

以上によって、本稿の概要はかなり詳細に提示されたものと思う。そこで、以下若干の簡単なコメントを付しておく。

本稿の筆者ロースはヴェルツェル門下の一人であるが（宮沢・前掲書三五三頁参照）、全体を通じての論調と個々の結論は筆者が再三参照を求めているシュトラーター・ヴェルト等の見解に近似するものと評しえよう（その点で、やや独創性に欠けるという憾もある）。

もっとも、ロースは原則として「正当化の故意」が主観的正当化要素として必要かつ十分であるとしているのであるが、アルヴァート説（『Weil 動機』説。なお、アルヴァートの見解については、井上彰「正当防衛における『防衛の意思』」明治大学大学院紀要第二二集（1）（昭和五九年）一五頁以下、特に一七頁以下をも参照）その他諸説の批判を通じて、主観的に防衛効果を目指すことが必要だとされている点で、本稿で云う正当化の故意は

単なる「正当化状況の認識 (Kennntis)」を超えるものが前提とされており (vgl. S. 230Fn. 23, 232f., 235) の意味でロースの云う Vorsatz とはいわば Absicht ないし Motiv と Kennntis との中間に位置づけられるものといえようが (この点で、わが国の通説とされる「防衛意思」必要論者の主張する意思内容とも一脈相通するものがあるともいえようか)、かような構想が果して可能かどうか及びその妥当性いかんは、今後更に検討されねばならないであろう。

なお、その他本稿で取り扱われている諸論点は西ドイツにおける固有の問題性の部分も多くみられるもの、たとえば、「正当化諸行為の累積の場合の正当化」ないし「多行為的正当化」における行為構造や主観的要素の問題等では、わが国でもそもそもかような点が問題となりうるのかどうか、そして然るとするならその構造・内容等の検討の必要性を考える端緒として参照可能な部分もあるのではないかと思料されよう。

〔追記〕 本論文の紹介は、一九八八年「刑法読書会」夏期合宿において報告したものに若干加筆したものである。

(一九八八・八・二〇稿)